

Sygn. akt: KIO 1693/21
KIO 1754/21

WYROK
z dnia 16 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) w dniu 7 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **ANDRA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 1693/21),
- 2) 11 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **DGT Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie** (sygn. akt KIO 1754/21),

w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, Oddział Rzeszów,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ELMESS Metering Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu, Pysense Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 1693/21 oraz KIO 1754/21,

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 1693/21

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu jako zarzut nr 5;
2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

3. Kosztami postępowania obciąża PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, Oddział Rzeszów i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

II. Sygn. akt KIO 1754/21

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę DGT Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Dystrybucja S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. *Dostawa urządzeń układów pomiarowych energii elektrycznej – modemy do zdalnej transmisji danych pomiarowych z liczników energii elektrycznej*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 242-599658.

Sygn. akt KIO 1693/21

W dniu 7 czerwca 2021 r. wykonawca ANDRA Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ na podstawie nieuzasadnionego i bezpodstawnego uznania, że:
 - oferta Odwołującego nie spełnia wymagania pkt 13 rozdz. 1 załącznika nr 1 do SIWZ oraz umowy: „Schemat połączenia elektrycznego naniesiony trwale na obudowie lub osłonie listwy zaciskowej modemu” (Zarzut nr 1);
 - oferta Odwołującego nie spełnia wymagania z pkt. 5 rozdz. 1 załącznika nr 1 do SIWZ oraz umowy: „Implementacja protokołu TR-069 zgodnie z opisem zawartym w załączniku nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia – opis protokołu TR-69. Zamawiający dopuszcza rozwiązanie z zaimplementowanym protokołem LWM2M zgodnie z wymaganiami opisanymi w załączniku nr 2 do OPZ – opis protokołu LWM2M” (Zarzut nr 2);
 - bez wcześniejszego ewentualnego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących próbki, czym Zamawiający naruszył także art. 26 ust. 4 bądź art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku uznania, że próbka stanowi treść oferty.
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie podania pełnej i rzetelnej podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego, co uniemożliwia Odwołującemu weryfikację prawidłowości oceny działań Zamawiającego, naruszając zasadę przejrzystości postępowania (Zarzut nr 3);

- 3) art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu Protokołu z badania próbki, podczas gdy treść tego dokumentu stanowi podstawę faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego; (Zarzut nr 4);
- 4) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia próbki lub wezwania do wyjaśnień Odwołującego – w przypadku uznania, że próbka jest dokumentem przedmiotowym składanym na potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w SIWZ (Zarzut nr 5);
- 5) w konsekwencji – naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, a w przypadku uprzedniego wystosowania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej do innych wykonawców – unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji, zaś w przypadku przeprowadzenia aukcji bez udziału Odwołującego – jej unieważnienie.

Zarzut nr 1

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznając, że jest niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na rzekomo nietrwałe naniesienie schematu elektrycznego na obudowie lub osłonie listwy zaciskowej modemu. Zamawiający w pkt. 13 rozdziału 1 załącznika nr 1 do SIWZ oraz umowy postawił następujące wymaganie „Schemat połączenia elektrycznego naniesiony trwale na obudowie lub osłonie listwy zaciskowej modemu”. Zamawiający stwierdził w treści Informacji o odrzuceniu oferty, że schemat połączenia elektrycznego został naniesiony na osłonie listwy zaciskowej modemu w sposób nietrwały za pomocą naklejki.

Odwołujący podniósł, że naklejki ze schematem połączenia elektrycznego znajdują się w dwóch miejscach urządzenia: pod pokrywą/osłoną listwy zaciskowej modemu (forma rozbudowana) oraz na froncie urządzenia (forma uproszczona). Zamawiający nie wskazał dlaczego akurat w tym postępowaniu uznał naniesienie naklejki na urządzenie jako rodzaj naniesienia nietrwałego. Zamawiający posiada wiele modemów Odwołującego właśnie z tak naniesionym połączeniem elektrycznym i dotychczas nie zgłaszał jakichkolwiek uwag, że jest to naniesienie nietrwałe. W postępowaniu o Nr (504/SŁ/PS/A/WL/2019), które wygrał Odwołujący, Zamawiający sformułował dokładnie taki sam wymóg i wówczas nie miał żadnych uwag do sposobu naniesienia schematu połączenia elektrycznego za pomocą naklejki.

Odwołujący zaznaczył, że wykorzystywane do tego celu naklejki są wykonane w sposób zapewniający wysoką trwałość, poprzez zastosowanie przemysłowych i dedykowanych do tego celu materiałów w tym kleju oraz samej metody druku. Dodatkowo, proces instalacji modemów odbywa się przez profesjonalistów, tj. osoby przeszkolone przez Zamawiającego oraz dostawcę podczas specjalnych szkoleń. W związku z tym nawet w skrajnym przypadku jednostkowego uszkodzenia jednej z dwóch naklejek elektromonter bez najmniejszego problemu jest w stanie poprawnie zainstalować urządzenie. Dodatkowo, schemat znajduje się w instrukcji obsługi oraz w specjalnym dodatkowym pliku ze schematem, który jest integralną częścią dokumentacji przekazanej wraz modemem Zamawiającemu. Co więcej, ilość urządzeń zamawianych przez Zamawiającego u Odwołującego świadczy o tym, że elektromonterzy instalują te urządzenia seryjnie/wielokrotnie i robią to niejako intuicyjnie.

Odwołujący stwierdził, że wymaganie dotyczące trwałego umieszczenia schematu na urządzeniu jest wymogiem standardowym dla tego typu aparatury, stosowanym przez Zamawiającego oraz innych zamawiających sektorowych. Zatem w powyższym przypadku ciężko mówić o jakiegokolwiek niezgodności z SIWZ, zaś wadliwa ocena Zamawiającego oferty Odwołującego nie prowadzi do niezgodności z SIWZ oferty w warstwie merytorycznej. Niezgodność treści oferty SIWZ, wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi w przypadku, gdy zawartość oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymagań merytorycznych, co zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Zarzut nr 2

Odwołujący podniósł, że po lekturze treści Informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, nie wie jakie czynności przeprowadził Zamawiający badając próbkę i jakie czynności spowodowały negatywny wynik badania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt. 5 rozdziału 1 załącznika nr 1 do SIWZ oraz umowy postawił następujące wymaganie: *Implementacja protokołu TR-069 zgodnie z opisem zawartym w załączniku nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia – opis protokołu TR-69. Zamawiający dopuszcza rozwiązanie z zaimplementowanym protokołem LWM2M zgodnie z wymaganiami opisanymi w załączniku nr 2 do OPZ - opis protokołu LWM2M.* Zamawiający jako podstawę faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego wskazał jedno lakoniczne zdanie: *W oparciu o udostępnioną instrukcję oraz oprogramowanie narzędziowe stwierdzono brak możliwości podłączenia urządzenia do serwera LWM2M. Urządzenie nie Obsługuje również protokołu TR-069.* Literalna interpretacja tego zdania wskazuje, że Zamawiający zajrzał w instrukcję urządzenia oraz oprogramowania narzędziowego i stwierdził, że urządzenie nie ma możliwości podłączenia do serwera LWM2M.

Odwołujący potwierdził, że urządzenie nie obsługuje protokołu T R-069, lecz obsługuje dopuszczony protokół LWM2M. Protokoły te przeznaczone są do takich samych zadań, przy czym LWM2M jest bardziej dopasowany do tego typu aparatury – ze względu na to dopasowanie i właściwości Odwołujący zdecydował się na jego implementację, a nie na zachowanie archaicznego TR-069.

Odwołujący stwierdził, że informację o tym, że oferowane urządzenie obsługuje protokół LWM2M w zakresie konfiguracji, diagnostyki oraz aktualizacji oprogramowania można znaleźć w:

- instrukcji obsługi urządzenia – w tabelach na początku dokumentu oraz bardziej szczegółowo w punkcie 6.9 str. 24,
- instrukcji obsługi oprogramowania narzędziowego comander connect 3 – rozdział 2.4.7 str. 28.

Odwołujący podniósł, że z jednozdaniowego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty w zakresie tego zarzutu nie jest wiadomym, czy Zamawiający podjął jakąkolwiek próbę konfiguracji urządzenia i w jaki sposób taka próba została dokonana. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu z badania próbki, jednakże Zamawiający odpowiedział, że udostępni protokół dopiero z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zaznaczył, że wykonawcy zwracali się do Zamawiającego na etapie kształtowania treści SIWZ z wnioskiem o przedstawienie planu testów oraz o możliwość obecności na testach. Zamawiający nie przedstawił planu testów ani informacji o platformie testowej dla funkcjonalności TR-069 ani LWM2M. Prośba o taki plan została wyartykułowana w pytaniu 2 do SIWZ. Zamawiający nie dopuścił również możliwości obecności przedstawiciela oferenta podczas testów (odpowiedź na pytanie numer 3 do SIWZ), ani nie skorzystał z możliwości skontaktowania się z oferentem podczas konfiguracji testowego urządzenia.

Odwołujący potwierdził, że urządzenie załączone do oferty spełnia wszystkie wymagania podane przez Zamawiającego w SIWZ, w tym OPZ. Zamawiający nie przedstawił wykonawcom żadnego szczegółowego dokumentu dotyczącego procedury testowej oraz konfiguracji infrastruktury Zamawiającego, pozostawiając niejako dowolność wykonawcom w zakresie konfiguracji oprogramowania. Zamawiający nie przedstawił informacji, ani jaki Lwm2M Bootstrap Server ani Lwm2M Management Server będzie użyty podczas weryfikacji, dlatego oferent skorzystał z popularnego, opartego na technologii open-source serwera Lwm2M Eclipse Leshan, który może pełnić rolę Lwm2M Bootstrap Server, jak również Lwm2M Management Server. Odwołujący wielokrotnie przeprowadzał testy

urządzenia, które miało być przedmiotem badania Zamawiającego i nie stwierdzono żadnych problemów przy połączeniu z serwerem.

Odwołujący stwierdził, że konfiguracja adresu LwM2M Bootstrap Server jest możliwa za pomocą polecenia ALWM2MBSERVER (parametr dostępny w zakładce „Ustawienia LWM2M” oprogramowania comanderConnect 3, strona 28 dokumentacji do programu comanderConnect 3). Specyfikacja LwM2M wymaga obsługi co najmniej jednej metody procedury Bootstrap. Urządzenie UP140 wspiera tryb Client Initiated Bootstrap. Urządzenie wspiera konfigurację serwera LwM2M Management Server (LwM2M Server Account/LWM2M Server URI). Konfiguracja serwera LwM2M Management Server jest możliwa za pomocą komendy ALWM2MSERVER (parametr dostępny w zakładce „Ustawienia LWM2M” oprogramowania comanderConnect 3, strona 28 dokumentacji do programu comanderConnect 3), jak również przy użyciu LwM2M Bootstrap Server.

Odwołujący stwierdził, że przedstawiony do testów modem posiada zaimplementowany protokół LWM2M, zgodnie z wymaganiami opisanymi w załączniku nr 2 do OPZ – opis protokołu LWM2M. Ponadto, jeżeli Zamawiający miał jakieś problemy techniczne podczas demonstracji, to wręcz należało zwrócić się do wykonawcy z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących przedłożonego do testów modemu, czy to w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czy to w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – w przypadku uznania, że próbka stanowi treść oferty.

Zarzut nr 3

Odwołujący podniósł, że Zamawiający podając uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego ograniczył się w zasadzie do dwóch lakonicznych stwierdzeń: *Na podstawie protokołu z badania próbek przez zespół członków komisji przetargowej, stwierdzono, że schemat połączenia elektrycznego został naniesiony na osłonie listwy zaciskowej modemu w sposób nietrwały za pomocą naklejki oraz W oparciu o udostępnioną instrukcję oraz oprogramowanie narzędziowe stwierdzono brak możliwości podłączenia urządzenia do serwera LWM2M. Urządzenie nie obsługuje również protokołu TR-069.* Wobec braku udostępnienia protokołu oceny próbki ciężko powiedzieć, że Zamawiający choćby podjął próbę podania pełnej i wyczerpującej podstawy faktycznej odrzucenia oferty. Odwołujący czytając treść Informacji o odrzuceniu swojej oferty nie ma żadnej możliwości dowiedzenia się, dlaczego nagle w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, wbrew swojej wcześniejszej praktyce uznał, że naniesienie schematu połączenia elektrycznego za pomocą naklejki należy uznać za nietrwałe oraz jaki ma to wpływ funkcjonalny na należyte wykonanie zamówienia. Nadto, Zamawiający nie wskazał w żaden sposób jakie czynności podjął, próbując podłączyć urządzenie do serwera LWM2M, czy taka próba w ogóle miała

miejsce, czy Zamawiający być może omyłkowo stwierdził, że instrukcja na taką możliwość nie wskazuje.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający ma obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający ciężącemu na nim obowiązku nie sprostał, nie podając pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego, co czyni już samą czynność odrzucenia oferty wadliwą.

Zarzut nr 4

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie dokumentacji postępowania, w tym protokołu badania próbki wskazał, że zgodnie z art. 96. ust. 3 ustawy Pzp *protokół z postępowania wraz z załącznikami, w szczególności z protokołem z badania próbek oraz korespondencją prowadzoną pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami zostanie Państwu udostępniony niezwłocznie po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania*. W ocenie Odwołującego taka literalna interpretacja art. 96 ust.3 ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia w niniejszym postępowaniu, w którym czynność odrzucenia oferty nie jest dokonywana jednocześnie z wyborem oferty najkorzystniejszej. Jeżeli uznać by za słuszne takie rozumowanie, to żaden z odrzuconych wykonawców przed wyborem najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy nie mógłby zweryfikować słuszności podstawy odrzucenia swojej oferty. Nie ulega zaś wątpliwości, że każdy wykonawca kwestionujący odrzucenie swojej oferty odwołuje się od dokonanej czynności odrzucenia jego oferty, nie zaś od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy. Nie udostępniając zatem protokołu z badania próbki Zamawiający naruszył podstawowe zasady zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasadę jawności i przejrzystości postępowania, uniemożliwiając Odwołującemu weryfikację podjętej przez Zamawiającego decyzji, ograniczając ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy.

Zarzut nr 5

Zdaniem Odwołującego treść SIWZ nie zawiera żadnego fragmentu wskazującego na to, że badana próbka stanowi treść oferty i nie podlega uzupełnieniu. Zamawiający w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazuje, że w pkt. 12.1.6 SIWZ, Zamawiający jednoznacznie podkreślił, że dostarczone z ofertą urządzenia będą służyć do sprawdzenia ich zgodności z wymaganiami SIWZ. Zatem w ocenie Odwołującego Zamawiający uznał, że jest to dokument określony w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dokument żądany na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań

określonych przez zamawiającego w SIWZ i jako taki podlega uzupełnieniu lub wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że przepisy ustawy regulują próbkę w niezwykle ograniczonym zakresie. Powołujący się na orzecznictwo Izby Odwołujący wskazał, że ustawa Pzp nie przesądza charakteru prawnego próbki ani związanych z tym skutków prawnych. Natomiast na gruncie rozporządzenia w sprawie dokumentów próbka jest traktowana na równi z dokumentami przedmiotowymi, jako jeden z ich rodzajów. Dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mogą być uzupełniane, w przeciwieństwie do dokumentów, które tworzą merytoryczną treść oferty. Jeśli próbka została w SIWZ przewidziana w celu ustalenia spełnienia wymogów, które podlegają ocenie punktowej w wyznaczonym kryterium oceny ofert pod względem jakościowym, nosi ona cechy oferty, zaś próbka w takim wypadku nie podlega uzupełnieniu. W załączniku nr 1 do SIWZ oraz w załączniku nr 2 do umowy – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2 Wymagania Zamawiającego w zakresie oferty dla modemów, Zamawiający wyraźnie wskazał, że: *Przed dokonaniem wyboru oferty Wykonawca umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenie złożonej oceny oferowanego modemu pod kątem bezproblemowej współpracy urządzenia z użytkowanymi przez Zamawiającego licznikami energii elektrycznej, systemem odczytowym oraz niniejszymi wymaganiami i ofertą w zakresie techniczno-jakościowym.* Zatem, próbka nie służy badaniu oferty w kryterium pozacenowym, co jest kolejnym dowodem na to, że ma ona funkcję dokumentu przedmiotowego w niniejszym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, tak jak Zamawiający nie może arbitralnie, bez podania wyczerpującej podstawy faktycznej odrzucić oferty Odwołującego, tak nie może arbitralnie uznać, że próbka stanowi nieuzupełnialną część oferty, zwłaszcza że sam wskazuje, że dostarczone z ofertą, a nie jako oferta urządzenia będą służyć do sprawdzenia ich zgodności z wymaganiami SIWZ. Powyższe potwierdza zatem zaniechanie Zamawiającego w zakresie wezwania Odwołującego uzupełnienia lub wyjaśnień dot. próbki na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego sama podstawa faktyczna odrzucenia oferty Odwołującego wskazuje bardzo jasno na to, że wolą Zamawiającego było odrzucenie za wszelką cenę oferty Odwołującego. Trudno mówić o dochowaniu przez Zamawiającego choćby minimalnej staranności w zakresie badania i oceny oferty Odwołującego, skoro Zamawiający w żaden sposób nie próbował wyjaśniać wątpliwości z Odwołującym, poprzez zaniechanie udostępnienia protokołu z badania próbki Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie pełnej wiedzy dot. podstaw odrzucenia jego oferty.

W dniu 11 czerwca 2021 r. wykonawca DGT Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wobec czynności oceny oferty Odwołującego i nieprzyznania tej ofercie dodatkowych 15 punktów za spełnianie przez oferowany modem funkcjonalności „obsługa technologii LTE CAT.M-1-450 MHZ” (dalej zwana również „LTE450”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez:

- wadliwe przeprowadzenie oceny próbki złożonej przez Odwołującego w postępowaniu, tj. modemu DGT UMADv5R/09,
- wadliwe dokonanie oceny oferty Odwołującego i bezzasadne pozbawianie Odwołującego 15 pkt. za spełnianie kryterium oceny ofert w postaci obsługi technologii LTE Cat. M1 450 MHz przez modem DGT UMADv5R/09,
- zaniechanie sporządzenia i przekazania Odwołującemu wyczerpującego uzasadnienia merytorycznego, odnośnie stwierdzonego braku obsługi technologii LTE Cat. M1 450 MHz, przez modem DGT UMADv5R/09

2) art.87 ust.1 ustawy Pzp, poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień niezbędnych do przeprowadzenia oceny próbki, prowadzących do potwierdzenia, że złożony wraz z ofertą modem spełnia wymagania w zakresie obsługi technologii LTE Cat. M1 450 MHz, w sytuacji, gdy wynik testów przeprowadzonych przez Zamawiającego nie potwierdzał zapewnianej przez Odwołującego tej funkcjonalności.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego, celem uzyskania potwierdzenia, że zaprezentowany modem spełnia wymagania w zakresie obsługi technologii LTE Cat. M1 450 MHz zgodnie z treścią SIWZ,
- dokonania zmiany oceny oferty Odwołującego, przez uznanie, że zaoferowany moduł spełnia wymagania w zakresie obsługi technologii LTE Cat. M1 450 MHz, zgodnie z treścią SIWZ i w konsekwencji, przyznanie ofercie Odwołującego 15 pkt. zgodnie z pkt. 20 SIWZ „Opis Kryteriów i sposób oceny ofert”.

Odwołujący wskazał, że w pkt. 20 SIWZ Zamawiający zawarł opis kryteriów i sposób oceny ofert złożonych w postępowaniu. Zgodnie z pkt. 20.1 z tytułu obsługi technologii LTE Cat. M1 450 MHz przez oferowany w postępowaniu modem, ofercie danego wykonawcy zostanie przyznane dodatkowe 15 pkt. Zgodnie m.in. z zapisem SIWZ (pkt 2, str. 35, Załącznik nr 1 do SIWZ): *Przed dokonaniem wyboru oferty Wykonawca umożliwi*

Zamawiającemu przeprowadzenie złożonej oceny oferowanego modemu pod kątem bezproblemowej współpracy urządzenia z użytkowanymi przez Zamawiającego licznikami energii elektrycznej, systemem odczytowym oraz niniejszymi wymaganiami i ofertą w zakresie techniczno-jakościowym. W tym celu wraz z ofertą Wykonawca dostarczy do Zamawiającego:

- 1.1. 1 szt. urządzeń wraz z koniecznym okablowaniem,*
- 1.2. schemat połączeń,*
- 1.3. oprogramowanie serwisowe oraz przewód serwisowy, z tymczasową licencją oraz instrukcją obsługi urządzenia oraz oprogramowania serwisowego w języku polskim.*

Odwołujący stwierdził, że spełnił ten warunek postępowania przetargowego, co potwierdza fakt, iż jego oferta nie została odrzucona. Z uwagi na posiadaną przez modem funkcjonalność technologii LTE Cat. M1 450 MHz, ofercie Odwołującego przysługiwało dodatkowe 15 pkt. Pismem z 1 czerwca 2021 r. Zamawiający zaprosił Odwołującego zgodnie z SIWZ, do wzięcia udziału w aukcji. W treści tego zaproszenia Zamawiający poinformował o dokonaniu punktacji oferty Odwołującego. Oferta Odwołującego uzyskała 72,34 punkty. Pismo Zamawiającego nie zawierało żadnego uzasadnienia, z jakiego powodu oferta nie uzyskała dodatkowych 15 punktów za funkcjonalność technologii LTE Cat. M1 450 MHz modemu. Przeprowadzona samodzielnie przez Odwołującego analiza punktacji oferty prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie przyznał ofercie Odwołującego dodatkowych 15 punktów za obsługę technologii LTE Cat. M1 450 MHz przez modem. Tak dokonana ocena oferty Odwołującego spowodowała, że Odwołujący skierował do Zamawiającego 2 czerwca 2021 r. pytanie z prośbą o merytoryczne uzasadnienie braku uznania przez Zamawiającego obsługi przez zaoferowany modem technologii LTE Cat. M1 450 MHz. Zamawiający przekazał Odwołującemu odpowiedź, w której w sposób lakoniczny i blankietowy uzasadnia stanowisko w zakresie nie przyznania dodatkowych 15 punktów.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający przeprowadził ocenę dostarczonego wraz z ofertą modemu do zdalnej transmisji danych z liczników energii elektrycznej, w zakresie obsługi technologii LTE Cat. M1 450 MHz, w sposób niewłaściwy.

Ocena modemu z punktu widzenia obsługi dodatkowej technologii LTE450 musiała zostać wykonana przez Zamawiającego także w oparciu o dokumentację Odwołującego załączoną w postępowaniu. Jest to dokumentacja pn. „Urządzenie komunikacyjnej UMADv5R/09 Dokumentacja techniczno-ruchowa (DTR) IOW-W1844” oraz dokumentacja pn. „Konfiguracja urządzeń komunikacyjnych UMADv5R/09 – Instrukcja obsługi IOP-P1844”. W obu dokumentach opisany został sposób konfiguracji modemu, aby uzyskać funkcjonalność LTE450 (np. punkty 5.3, 5.4, oraz rysunek 17). Powyższe dokumenty

zawierają podstawowe wymagania i instrukcje opracowane przez Odwołującego, po spełnieniu których potwierdzona zostaje bezapelacyjnie zastosowana technologia LTE450, prezentowanego modemu.

Odwołujący podniósł, że przekazane przez Zamawiającego stanowisko z 1 czerwca 2021 r. i z 9 czerwca 2021 r. nie pozwala na ustalenie sposobu oceny funkcjonalności modemu, jak też nie wskazuje, czy ocena modemu została dokonana w oparciu o ww. dokumentację Odwołującego, załączoną do oferty. Zamawiający w swoim piśmie nie wskazuje wystarczających powodów oraz nie podaje przesłanek i dowodów, na podstawie których odmówił przyznania oferowanemu modemowi funkcjonalności LTE450. Uzasadnienie pisma z 9 czerwca 2021 r. podaje w wątpliwość prawidłowość i rzetelność przeprowadzonych testów. Należy zadać pytanie, z jakiego powodu Zamawiający, prezentując swoje stanowisko w piśmie, nie opisał kroków podjętych w trakcie przeprowadzania testu funkcjonalności LTE450 modemu oraz nie podał zawartości logów dziennika zdarzeń i logu systemowego z procesu wykonanego testu.

Odwołujący podniósł, że postanowienie SIWZ (załącznik nr 1 OPZ, pkt 2, str.35) w zakresie sposobu i procedury oceny przez Zamawiającego modemu zaprezentowanego wraz z ofertą, jest bardzo ogólny i pozostawia Zamawiającemu nieprzewidzianą ustawą Pzp dowolność działań. Brak sprecyzowanych w treści SIWZ metod badań stosowanych w celu oceny funkcjonalności przedłożonego modemu pod kątem m.in. funkcjonalności LTE450, nie może z uwagi na przepis art.7 ustawy Pzp, zezwalać Zamawiającemu przy dokonywaniu oceny oferty na brak transparentności działań, nieograniczoną swobodę w przeprowadzaniu testów i dokonywanie dowolnej oceny technicznej oferty, bez zastosowania jakichkolwiek mierników dochowania należytej staranności w tym zakresie. Przyjęta w treści SIWZ procedura badań i testowania modemu (także pod kątem funkcjonalności LTE450), nie pozwala Odwołującemu na weryfikację sposobu zachowania Zamawiającego podczas testowania modemu w zakresie jego zgodności z wymogami dokumentacji załączonej wraz z ofertą. Pomimo kluczowej roli testów w procesie oceny ofert informacje przekazane przez Zamawiającego nie umożliwiają Odwołującemu weryfikacji, czy podczas procedury testów modemu zastosowano wszystkie wymagania zawarte w dokumentacji technicznej modemu oraz jaką procedurę testowania zrealizował Zamawiający, badając modem pod kątem oferowanej funkcjonalności LTE450.

Odwołujący zaznaczył, że ustawa Pzp nie wypowiedza się w kwestii przeprowadzania testów oferowanych w postępowaniach przetargowych urzędzeń (w stanie niniejszej sprawy-modemu), niemniej jest ta procedura powszechnie stosowana do dostawy elementów i urzędzeń teleinformatycznych, oprogramowania, urzędzeń informatycznych, etc. Przepis art. 1 pkt 12 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów

realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2013 r. poz.235 ze zm.) definiuje testy akceptacyjne. Tym samym na zasadzie analogii, należy uznać, że przeprowadzenie testów oferowanego modemu w niniejszym postępowaniu, stanowi prezentację poprawnego jego działania i tym samym konieczne jest bezwzględne stosowanie procedur podanych w dokumentacji technicznej Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że do produkcji oferowanego w postępowaniu modemu, Odwołujący użył modułu radiowego SIMCom SIM7070E LTE Cat M1 z obsługą częstotliwości 450 MHz. co gwarantuje bezbłądność i bezawaryjność funkcjonowania urządzenia. Wszystkie testy środowiskowe oraz laboratoryjne modemu przeprowadzone w dziale testów Odwołującego potwierdziły pełną funkcjonalność LTE450 modemu oferowanego w postępowaniu. Niezależnie od powyższego, PGE Systemy S.A. na warunkach umowy z 25 listopada 2020 r. o pilotaż testów przedwdrożeniowych zawartej z Odwołującym, pozytywnie zweryfikowała i oceniła funkcjonalność LTE450 w testowanych ruterach i modemach Odwołującego. W ramach tej umowy, PGE Systemy S.A. testowała 22 urządzenia końcowe LTE, w tym modemy LTE Cat. M1 450 MHz. PGE Systemy S.A. uznała, że funkcjonalność LTE450 w modemach Odwołującego działa należycie i poprawnie, zgodnie z normami i standardami grupy PGE. Tym samym, Odwołujący uważa, że nie jest możliwe (z technicznego punktu widzenia), aby przy poprawnym testowaniu modemu oferowanego w niniejszym postępowaniu, Zamawiający stwierdził brak obsługi przez ten modem technologii LTE Cat. M1 450 MHz, zważywszy, że inny podmiot z grupy PGE potwierdził realizację tej funkcjonalności w bliźniaczym module radiowym (SIMCom SIM7070E), który jest podstawową częścią konstrukcji technicznej obu modemów, tj. tego dostarczonego w przedmiotowym postępowaniu i tego którego poprawne funkcjonowanie po testach potwierdziło PGE Systemy S.A. Przeprowadzone przez PGE Systemy S.A. testy modemów Odwołującego były ukierunkowane szczególnie na potwierdzenie dodatkowej funkcjonalności modemu, tj. LTE Cat. M1 450 MHz. To zdaniem Odwołującego potwierdza w pełni zarzut niniejszego postępowania o niewłaściwym testowaniu przez Zamawiającego modemu, niezgodnie z wymogami dokumentacji Odwołującego złożonej wraz z ofertą.

Zdaniem Odwołującego, wyłącznie wadliwie i nierzetelnie przeprowadzone procedury testowe, doprowadziły do błędnego ustalenia przez Zamawiającego, że oferowany w postępowaniu modem nie obsługuje technologii LTE Cat. M1 450 MHz, co skutkowało bezzasadnym pozbawieniem oferty Odwołującego dodatkowych 15 pkt.

Dalej Odwołujący podniósł zarzut zaniechania wezwania go przez Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty.

Odwołujący wskazał na pkt 3 pisma Zamawiającego z 9 czerwca 2021, gdzie Zamawiający podaje, że *Pomimo prawidłowego podłączenia i konfiguracji urządzenia DGT, nie było w stanie zalogować się do sieci LTE450. Zgodnie z informacją pozyskaną z GUI urządzenia (zakładka START, pole STAN MODUŁU="Brak karty SIM"), urządzenie nie było w stanie prawidłowo obsłużyć karty SIM umożliwiającej pracę w sieci LTE450.* Zdaniem Odwołującego potwierdza to, że Zamawiający przeprowadził testy oferowanego modemu nieprawidłowo. Odwołujący stwierdził, że oczywistym jest, iż nie mogło dojść do zalogowania modemu jeżeli karta SIM nie została wykryta przez moduł. Przyczynami, w których moduł nie wykrywa karty SIM, jest oczywiste uszkodzenie karty SIM, manipulacja kartą SIM przy włączonym urządzeniu lub instalacja nowej karty w trakcie pracy urządzenia. Nie można więc wykluczyć uszkodzenia przetestowanych kart SIM ani niepoprawnego sposobu wymiany kart SIM i diagnozy problemów z kartą. Żadna z tych okoliczności nie jest zależna i zawiniona przez Odwołującego lub rozwiązanie techniczne oferowanego w postępowaniu modemu. Bezwzględnie ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Zamawiającym i treścią pism Zamawiający tego obowiązku nie spełnił. Dokumentacja Odwołującego załączona do oferty m.in. w punkcie 6.2.5 oraz punkcie 9, jasno opisuje sposób instalacji i diagnozy poprawności działania karty SIM. W opinii Odwołującego Zamawiający postąpił także w tym zakresie, niezgodnie z wymogami dokumentacji.

Odwołujący podniósł, że znając stanowisko doktryny i orzecznictwa w przedmiocie ustawowego zakazu uzupełnienia lub zmiany próbki, stanowiącej część ofert oraz zapisy SIWZ w niniejszym postępowaniu, stanowisku Zamawiającego należy zarzucić poważne naruszenie art.87 ust.1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że integralną częścią oferowanego modemu jest załączona do oferty dokumentacja. Jej zapisy określają, jak należy eksploatować modem aby uzyskać funkcjonalność LTE450 (np. pkt. 5.3, 5.4 instrukcji obsługi). Tym samym więc, przyjmując hipotetycznie, że podczas prób eksploatacji lub testowania modemu Zamawiający natrafił na problemy techniczne czy eksploatacyjne (np. z kartą SIM lub w zakresie, jaki podaje w swoim piśmie) i problemy te trwale lub czasowo pozbawiały modem funkcjonalność LTE450, to w takim przypadku Zamawiający winien zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienia przyczyn zakłócenia w pracy modemu. Mając na uwadze fakt, że usługa LTE450 nie jest ogólnie dostępna, Odwołujący ma świadomość, iż testujący pracownicy Zamawiającego mogli natrafić na problemy z uzyskaniem przez modem funkcjonalności LTE450. Odwołujący jako profesjonalista w obrocie oraz autor rozwiązania LTE450 w oferowanym modemie udzieliliby Zamawiającemu wszelkich wyjaśnień i instrukcji. Taki jest ratio legis przepisu art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Skoro pomimo napotkania problemów technicznych z modemem Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia

Sygn. akt KIO 1693/21
KIO 1754/21

przyczyn niesprawności urządzenia, to w sposób oczywisty naruszył prawo i pozbawił Odwołującego jakiegokolwiek możliwości obrony prezentowanego z ofertą swojego stanowiska, że modem obsługuje technologię LTE Cat. M1 450 MHz.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Z uwagi na fakt, że odwołania zostały wniesione po 1 stycznia 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiło Konsorcjum: ELMESS Metering Sp. z o.o., Pysense Sp. z o.o., które zgłosiło przystąpienie do postępowania w obu sprawach w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołań na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła, że obaj Odwołujący spełniają określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Sygn. akt KIO 1693/21

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 12.1 SIWZ: *Wykonawca w celu wstępnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykazania braku podstaw do wykluczenia oraz celem potwierdzenia, że oferowane dostawy lub usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, składa wraz z Formularzem Oferty (Załącznik nr 3 do SIWZ):*

(...)

12.1.6. Dokumenty wskazane w § 13 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016r., poz. 1126 z późn. zm.), takie jak próbki / opisy / fotografie / itp., celem potwierdzenia, że oferowane dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym w Załączniku nr 1 do SIWZ. Dostarczone z ofertą urządzenie (próbka) będzie służyć do sprawdzenia jej zgodności z wymaganiami SIWZ oraz będzie stanowić wzorzec dla modemów dostarczonych w ramach umowy. Zamawiający nie dopuszcza w trakcie postępowania możliwości zmiany właściwości dostarczonego z ofertą urządzenia lub jego wymiany na inne. W celu uniknięcia wątpliwości Zamawiający wskazuje, że dostarczona wraz z ofertą próbka (urządzenia) stanowi integralną część oferty Wykonawcy.

W punkcie 1.13 załącznika nr 1 do SIWZ oraz umowy Zamawiający określił następujące wymaganie: *Schemat połączenia elektrycznego naniesiony trwale na obudowie lub osłonie listwy zaciskowej modemu.*

Zgodnie z punktem 1.5 załącznika nr 1 do SIWZ oraz załącznika nr 1 do umowy (Opis przedmiotu zamówienia), *modemy powinny spełniać następujące wymagania formalne i techniczne: (...) Implementacja protokołu TR-069 zgodnie z opisem zawartym w załączniku nr 1. Zamawiający dopuszcza rozwiązanie z zaimplementowanym protokołem LWM2M zgodnie z wymaganiami opisanymi w załączniku nr 2 do OPZ – opis protokołu LWM2M.*

Odwołujący zaoferował urządzenie UP140, przedstawiając wraz z ofertą próbkę tego urządzenia.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w uzasadnieniu faktycznym podając:

- Schemat połączenia elektrycznego został naniesiony na osłonie listwy zaciskowej modemu w sposób nietrwały za pomocą naklejki;
- W oparciu o udostępnioną instrukcję oraz oprogramowanie narzędziowe stwierdzono brak możliwości podłączenia urządzenia do serwera LWM2M. Urządzenie nie Obsługuje również protokołu TR-069.

Pismem z 2 czerwca 2021 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania, w tym protokołu badania próbki. W odpowiedzi Zamawiający poinformował: *zgodnie z art. 96. ust. 3 ustawy Pzp protokół z postępowania wraz z załącznikami, w szczególności z protokołem z badania próbek oraz korespondencją prowadzoną pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami zostanie Państwu udostępniony*

Sygn. akt KIO 1693/21
KIO 1754/21

niezwłocznie po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania.

Pismem z 8 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu zaproszeń do udziału w aukcji.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 5 (zarzut dotyczący zaniechania zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp), Odwołujący bowiem złożył podczas posiedzenia oświadczenie o jego wycofaniu.

W pozostałym zakresie odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że zasadność czynności odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z ww. przepisem wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

Następnie wskazać należy, że obowiązek niezwłocznego poinformowania o odrzuceniu oferty, z przedstawieniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, dotyczy również postępowań, w których przewidziana została aukcja elektroniczna. Zamawiający nie może w takiej sytuacji zasłaniać się niejawnością załączników do protokołu do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej, treść art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w żadnej mierze nie może być traktowana jako zwolnienie zamawiającego z obowiązku niezwłocznego i wyczerpującego uzasadnienia powodów odrzucenia oferty czy jako przesunięcie tego obowiązku do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej w wyniku przeprowadzonej aukcji.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający podał uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, które nie spełnia przedstawionych powyżej standardów. Oprócz zacytowania wymagań określonych w SIWZ, w odniesieniu do każdej ze stwierdzonych niezgodności z treścią SIWZ Zamawiający podał po jednym zdaniu uzasadnienia faktycznego, które nie daje wystarczającej wiedzy ani na temat przyczyn odrzucenia, ani na temat prawidłowości ustaleń dokonanych przez Zamawiającego.

W zakresie pierwszej z zarzucanych niezgodności Zamawiający podał: *Na podstawie protokołu z badania próbek przez zespół członków komisji przetargowej, stwierdzono, że schemat połączenia elektrycznego został naniesiony na osłonie listwy zaciskowej modemu w sposób nietrwały za pomocą naklejki.* Zamawiający powołał się więc na ustalenia przedstawione w protokole badania próbek, nie ujawnił jednak, w jaki sposób próbka została zweryfikowana, jakie czynności przeprowadził Zamawiający dążąc do ustalenia trwałości

naniesienia schematu. Nie wiadomo również, czy Zamawiający neguje sam fakt naniesienia schematu na osłonę listwy zaciskowej za pomocą naklejki, czy też Zamawiający zbadał, że ta konkretna naklejka została umieszczona przy użyciu niewystarczająco trwałego kleju.

W zakresie drugiej ze stwierdzonych niezgodności Zamawiający podał: *W oparciu o udostępnioną instrukcję oraz oprogramowanie narzędziowe stwierdzono brak możliwości podłączenia urządzenia do serwera LWM2M. Urządzenie nie Obsługuje również protokołu TR-069.* Takie uzasadnienie również należy uznać za dalece niewystarczające. Także w tym przypadku nie wiadomo, jak przebiegało badanie próbki, czy zostało ono wykonane prawidłowo, czy niespełnienie wymaganej funkcjonalności wynika z właściwości oferowanego urządzenia, czy też z błędów Zamawiającego.

W świetle tak sporządzonego uzasadnienia nie można stwierdzić, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Jednocześnie wskazać należy, że badanie próbki w zakresie będącym przedmiotem sporu i ustalenie, czy rzeczywiście nie spełnia ona wymagań SIWZ, nie mogło zostać przeprowadzone przez Izbę na rozprawie. Zadaniem Izby jest bowiem ocena prawidłowości czynności Zamawiającego, nie zaś dokonywanie badania ofert w jego zastępstwie, w sytuacji, gdy z dokumentacji postępowania nie wynika, co dokładnie Zamawiający ustalił oraz z czego wyprowadził wnioski o niezgodności oferty z treścią SIWZ. W związku z tym za zbędne Izba uznała przedstawione przez Odwołującego dowody w postaci okazania próbki urządzenia oraz w postaci przeprowadzonego sprawozdanie z badań oraz wyciąg z Polskiej Normy. Skoro uzasadnienie odrzucenia oferty jest niewystarczające, a w konsekwencji nie potwierdza prawidłowości decyzji o odrzuceniu oferty, zadaniem Izby było nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oraz powtórzenia tej czynności.

Odnosząc się do przedstawionej przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie, stwierdzić należy, że wszelkie przedstawione w niej twierdzenia Zamawiającego o przyczynach stwierdzonej niezgodności oferty z treścią SIWZ, których nie podano w uzasadnieniu odrzucenia, należy uznać za spóźnione. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w Załączniku nr 2 do SIWZ określił, jakie klucze drzewa protokołu musi obsługiwać urządzenie. Zamawiający podał:

Dla spełnienia tych wymagań Oprogramowanie Narzędziowe musi umożliwić wprowadzenie do urządzenia m.in. parametrów: kluczy PSK oraz identyfikatora tych kluczy. Zamawiający pomimo wnikliwej analizy dokumentacji przedłożonej przez Odwołującego, nie odnalazł zapisów wskazujących na sposób ustawienia wskazanych parametrów. Ponadto, bazując na wiedzy i doświadczeniu, Zamawiający dokonał analizy dostarczonego Oprogramowania Narzędziowego w sposób wykraczający poza dokumentację (analiza możliwości

wprowadzenia parametrów w ustawieniach urządzeń) i nie odnalazł niezbędnych pól konfiguracyjnych. Poniżej wskazano zrzut ekranowy z Oprogramowania Narzędziowego Odwołującego w zakresie parametryzacji protokołu LwM2M (pochodzący z dokumentacji dostarczonej przez Odwołującego) jednoznacznie wskazujący na brak możliwości wprowadzenia przywołanych parametrów, a więc obsługi kluczy drzewa LwM2M sekcji „Security” wskazanych w tabeli powyżej. (...) Brak możliwości obsługi połączenia szyfrowanego będącej konsekwencją braku możliwości wprowadzenia do urządzenia parametrów: kluczy PSK oraz identyfikatora tych kluczy spowodował, że urządzenie nie mogło w sposób poprawny połączyć się z systemem Zamawiającego. W konsekwencji spowodowało to brak możliwości spełnienia pozostałych wymagań Zamawiającego wskazanych w Załączniku nr 2 do SIWZ. Zamawiający wskazuje, że dokonał konfiguracji w sposób opisany przez Odwołującego w dostarczonej dokumentacji. Komisyjnie stwierdzono, że urządzenia nie da się poprawnie skonfigurować. Należy wskazać również, że w poprzednim postępowaniu urządzenia obsługiwały protokół TR-069. (...)

Zamawiający zatem rozszerzył podstawy faktyczne odrzucenia oferty oraz przedstawił dodatkowe wywody mające potwierdzać zasadność odrzucenia. Izba podkreśla, że niedopuszczalne jest wywodzenie prawidłowości decyzji o odrzuceniu oferty z okoliczności wskazanych dopiero w toku postępowania odwoławczego, niezakomunikowanych wykonawcy zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, do których wykonawca nie mógł się odnieść we wniesionym odwołaniu. Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby do tego, że strona przeciwna byłaby postawiona w sytuacji, w której wykonawca dopiero w toku postępowania odwoławczego dowiaduje się, jakie konkretnie przyczyny legły u podstaw odrzucenia oferty, co utrudnia podjęcie właściwej decyzji co wniesienia odwołania i zajmowanego stanowiska procesowego oraz przygotowanie się do rozprawy.

Odnosząc się do kwestii naruszenia art. 96 ust. 3 ustawy Pzp stwierdzić należy, że zgodnie z tym przepisem załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. Jednocześnie przywołany przepis nie przewiduje innego sposobu procedowania w przypadku postępowań, w których przewidziana jest aukcja elektroniczna, w związku z czym wybór najkorzystniejszej oferty następuje później niż decyzja o odrzuceniu oferty. Zatem w samej kwestii udostępnienia protokołu z badania próbek Zamawiający postąpił w zgodzie z ww. przepisem. Nie można jednak pominąć, z jakiego powodu Odwołujący domagał się udostępnienia tego protokołu – przyczyną tego było nieprzedstawienie de facto uzasadnienia w zakresie stwierdzonych niezgodności próbki z wymaganiami SIWZ. Wniosek Odwołującego o udostępnienie protokołu zmierzał w istocie do uzyskania informacji o przyczynach odrzucenia jego oferty,

miał on stanowić niejako zastępcze uzasadnienie odrzucenia, wobec nieprzedstawienia takiego uzasadnienia w piśmie z 31 maja 2021 r. W ocenie Izby niedopuszczalne jest takie działanie Zamawiającego, który z jednej strony nie dopełnia obowiązku wyczerpującego uzasadnienia czynności odrzucenia, a z drugiej strony – powołując się na treść art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, odmawia wykonawca poznania przyczyn odrzucenia jego oferty. Jakkolwiek literalnie ww. przepis dawał Zamawiającemu możliwość odmowy udostępnienia protokołu z badania próbek na obecnym etapie postępowania, to wyraźnie podkreślić należy, że Zamawiający miał obowiązek wyczerpująco uzasadnić odrzucenie oferty, a zatem przekazać informacje wynikające z tego protokołu w ramach uzasadnienia czynności odrzucenia. Zamawiający nie wywiązał się z tego obowiązku, w związku z czym Izba – traktując zarzut oparty na przepisie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp – jako zmierzający de facto do pozyskania przysługujących wykonawcy informacji o powodach odrzucenia jego oferty, uwzględniła odwołanie w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 1754/21

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 20.1 SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

- 1) cena oferty (85 pkt) – całkowita cena ofertowa brutto za realizację zamówienia podstawowego i prawa opcji,
- 2) 450 MHz dla LTE CAT. M-1 (15 pkt) – obsługa technologii LTE CAT.M-1 450 MHz.

Zgodnie z punktem 2 załącznika nr 1 do SIWZ i do umowy (Opis przedmiotu zamówienia): *Przed dokonaniem wyboru oferty Wykonawca umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenie złożonej oceny oferowanego modemu pod kątem bezproblemowej współpracy urządzenia z użytkowanymi przez Zamawiającego licznikami energii elektrycznej, systemem odczytowym oraz niniejszymi wymaganiami i ofertą w zakresie techniczno-jakościowym. W tym celu wraz z ofertą Wykonawca dostarczy do Zamawiającego:*

1.1. 1 szt. urządzeń wraz z koniecznym okablowaniem,

1.2. schemat połączeń,

1.3. oprogramowanie serwisowe oraz przewód serwisowy, z tymczasową licencją oraz instrukcją obsługi urządzenia oraz oprogramowania serwisowego w języku polskim.

(...) 3. Dostarczone urządzenia będą stanowić wzorzec dla modemów dostarczonych w ramach umowy. (...)

Odwołujący zaoferował modem DGT UMAD v5R/09, którego próbkę przedstawił wraz z ofertą.

Pismem z 1 czerwca 2021 r. Zamawiający zaprosił Odwołującego do udziału w aukcji, informując, że oferta Odwołującego uzyskała 72,34 punkty. Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia w zakresie oceny oferty w ramach kryterium pozacenowego.

Pismem z 2 czerwca 2021 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień w sprawie przydzielonej punktacji. Odwołujący wskazał: *Złożona przez DGT Sp. z o.o. oferta oraz przekazana Państwu próbka, będąca jej częścią, obejmowała obsługę technologii LTE450. Prosimy zatem o wyjaśnienie, na jakiej podstawie złożona przez DGT Sp. z o.o. oferta otrzymała 0 pkt. za kryterium oceny ofert: obsługa technologii LTE CAT.M-1-450 MHZ. Prosimy o przedstawienie szczegółowego uzasadnienia merytorycznego odnośnie stwierdzonego braku obsługi technologii LTE CAT.M-1-450 MHZ przez modem DGT UMAD v5R/09.*

W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający przekazał Odwołującemu następujące informacje:

- 1) *Po przeprowadzeniu testów na urządzeniu DGT UMADv5R-09 stwierdzono brak możliwości zalogowania się do sieci LTE450.*
- 2) *Testy zostały przeprowadzone z wykorzystaniem sieci LTE450 udostępnionej przez PGE Systemy S.A., z wykorzystaniem dedykowanej karty SIM, która posiadała odpowiednie subskrypcje umożliwiające prawidłowe zarejestrowanie się do wyżej wspomnianej sieci w technologii LTE CAT M1.*
- 3) *Pomimo prawidłowego podłączenia i konfiguracji urządzenia DGT, nie było w stanie zalogować się do sieci LTE450. Zgodnie z informacją pozyskaną z GUI urządzenia (zakładka START, pole STAN MODUŁU="Brak karty SIM"), urządzenie nie było w stanie prawidłowo obsłużyć karty SIM umożliwiającej pracę w sieci LTE450.*

- 4) *W celu zachowania należytej staranności w przeprowadzaniu testów próbki wykonano testy kilkakrotnie z wykorzystaniem 3 kart SIM, które nie wpłynęły na ostateczny wynik testów.*

Pismem z 8 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu zaproszeń do udziału w aukcji.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stosownie do art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że przedstawione mu przez Zamawiającego informacje dotyczące oceny punktowej oferty są niewystarczające dla stwierdzenia prawidłowości nieprzyznania jego ofercie punktów w kryterium pozacenowym. Wskazać jednak należy, że na obecnym etapie postępowania nie można postawić Zamawiającemu zarzutu nieprzedstawienia wyczerpującej informacji w tym zakresie. Należy bowiem zwrócić uwagę na treść art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek podania punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznie, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, przy czym nakazuje to zrobić wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej – inaczej zatem niż to ma miejsce w przypadku odrzucenia oferty, kiedy to informacja z uzasadnieniem faktycznym i prawnym ma nastąpić niezwłocznie po podjęciu decyzji w tej sprawie.

Zauważenia wymaga także, że przepisy nie określają innego terminu na realizację powyższego obowiązku w odniesieniu do postępowań, w których przewidziana jest aukcja elektroniczna. Również w tym przypadku zamawiający jest zobowiązany przedstawić

informacje na temat oceny ofert wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym dopiero wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej lub o unieważnieniu postępowania. Natomiast na etapie zaproszenia do udziału w aukcji zamawiający – zgodnie z art. 91b ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – w odniesieniu do punktacji oferty zobowiązany jest podać jedynie informację o pozycji złożonej przez wykonawcę oferty i o otrzymanej punktacji.

Skoro Zamawiający dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty ma obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne w zakresie oceny oferty, oznacza to, że dopiero z tym momentem otwiera się dla wykonawcy termin na kwestionowanie dokonanej oceny oraz na kwestionowanie braku wyczerpującego uzasadnienia w tym zakresie. Może to oczywiście oznaczać, że w przypadku potwierdzenia się nieprawidłowości przy ocenie oferty, aukcja elektroniczna będzie podlegać unieważnieniu. Nie ma natomiast podstaw do przypisania Zamawiającemu, przed przeprowadzeniem aukcji i wyborem oferty najkorzystniejszej, naruszenia przepisów w zakresie oceny oferty oraz obowiązku uzasadnienia tej oceny. Skoro postępowanie nie doszło jeszcze do etapu, w którym zamawiający ma prawny obowiązek przedstawienia tych informacji, to nie można stwierdzić, że zamawiający naruszył przepisy ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę przedwczesne jest nie tylko zarzucanie Zamawiającemu naruszenia obowiązku uzasadnienia dokonanej oceny, ale także kwestionowanie samej oceny. Jakkolwiek ocena ta została już zakończona, to należy oczekiwać, że Zamawiający przedstawi jej uzasadnienie, stosownie do art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jeżeli wówczas informacja będzie lakoniczna, niewyczerpująca albo wykonawca nie będzie się z nią merytorycznie zgadzał, będzie mógł to kwestionować w drodze odwołania. Wobec powyższego niezasadne jest ocenianie na obecnym etapie prawidłowości oceny oferty Odwołującego, skoro nie upłynął jeszcze termin na przedstawienie przez Zamawiającego uzasadnienia w tym zakresie – polemika z dokonaną przez Zamawiającego oceną oparta byłaby obecnie na domysłach wykonawcy lub na okolicznościach ujawnionych dopiero w toku postępowania odwoławczego. Tym samym nie mają znaczenia dla sprawy wszystkie dowody przedstawione na okoliczność spełniania funkcjonalności, od której uzależnione było przyznanie 15 punktów.

W związku z powyższym za niezasadny na obecnym etapie postępowania należy uznać zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Na marginesie jedynie Izba zauważa, że sposób określenia postanowień SIWZ dotyczących badania i oceny próbki w niniejszym postępowaniu nie zasługuje na aprobatę. Nie jest właściwą praktyką nieokreślenie w SIWZ zasad badania próbki, w tym scenariuszy

Sygn. akt KIO 1693/21
KIO 1754/21

testowych, zwłaszcza przy jednoczesnym niedopuszczeniu do udziału w badaniu próbki przedstawicieli wykonawców i przy niedokumentowaniu przebiegu testów w innej formie niż tylko pisemny protokół. Taka konstrukcja postępowania może budzić wątpliwości co do transparentności postępowania i prawa wykonawców do kwestionowania czynności Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że zasada przejrzystości (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), oznacza, że wszystkie czynności podejmowane w postępowaniu, a w szczególności te, które wywołują skutki dla wyniku postępowania, powinny być przeprowadzane i dokumentowane w sposób transparentny, umożliwiający zweryfikowanie przebiegu poszczególnych czynności i ich prawidłowości. Biorąc jednak pod uwagę, że postanowienia SIWZ nie są przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, powyższe uwagi nie mogą wpłynąć na rozstrzygnięcie sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: